



POR
DON ZOILO
DE MELGAREIO
PRESBITERO CANONIGO
DE LA COLEGIAL IGLESIA DESTA CIVDAD,
EN
EL PLEITO DE POS SESSION, A QVE SALIO DOÑA LEO. nor de Lieuana, muger de don Pedro Baçan de Gallegos.

PRETENDE el dicho don Zoilo, que la justicia Real se a de inhiuir de conocer, y proceder en los autos de la possession, que ante la dicha justicia pidio, y se le mandò dar de la heredad de viñas de cinquenta arançadas en el pago de espartinas, y de las bodegas en la calle de Gaitan, de que le hizo donació el dotor don Diego Gonçales Baçan presbitero Dean de la santa Iglesia de Cadiz, por el año passado de seiscientos y treinta y dos, sin embargo de la contradicion que se a fecho por parte de la dicha doña Leonor. Y que asimismo, se a de inhiuir del conocimiento del pleito que executiuamente tiene introduzido la dicha doña Leonor por ante la dicha justicia, como acreedora que se pretende a los bienes de el dicho Dean defuncto, cuyo derecho parece principalmente dirige cõtra la dicha bodega, heredad de viñas, y sus frutos, y que entrambas pretenciones se an de remitir al juez eclesiastico, á quien priuatiuamente toca el conocimiento de ellas, y de otras qualesquier que la dicha doña Leonor intente cõtra los dichos bienes.

2. La excepciõ declinatoria de fuero, que se a propuesto por parte del dicho dõ Zoilo, es prejudicial, y preuia, y assi se debe determinar sobre ella, antequam perueniamus ad cognitionem causæ principalis; adeo, que mientras pende el conosimiento sobre la dicha competencia, se debe suspéder, y sobreseer, en los prosedimientos de la causa principal, iuxta notata in cap. tuam de ordin. cognit. vbi Innocentius sirca fin. Henric. boyc. n. 1. Bellamera. n. 3. Buttrius, nu. 8. & 11. Franchis, desiss 512 nu. 1. & 2.

3. Cœterum; Porque esta competencia se à formado sobre estas dos pretenciones, para mayor claridad de la justicia de don Zoilo, serà necessario descurir, por los fundamentos que al susodicho le asisten, quod sigilatim, & magna cum distinctione facere conabimur.

Et

4. Et quo ad primam partem huius defentionis præmitere nessesse est, que por el dicho año de 632. el dicho Deam, hizo escritura de donacion, irrebocable entre viuos al dicho don Zoilo de la dicha heredad de viña, y bodegas, en remuneracion y paga de muchas obligaciones que el dicho Dean debia al dicho don Zoilo, y a don Alonso de Melgarejo su padre, la qual presente el donatorio acetó, conque quedò perfecta, y para mayor fuerça, y firmeza del acto interuinieron en el las clausulas de constituto, y recerba de vsufructo de dichos bienes para dicho Deá durante su vida.

5. Suponese lo segundo, que por vno de los dias del mes de Setiembre de este presente año, el dicho Dean fallecio de la vida presente, y el dicho don Zoilo se entrò en los dichos bienes, a continuar, corporal, y actualmente, la posesion de ellos, transferida por el ministerio, y bigor, del dicho titùlo de donacion, y clausulas referidas.

6. Tercio, & vltimo suponitur, que pareciendole al dicho don Zoilo, ser de su conueniencia, y ad mayorem abundanciam, & absque necessitate, parecio ante la dicha justicia Real, y con demostracion que hizo de la dicha donacion, y fe de muerte, del dicho donante, dixo, que aunque tenia la posession ciuil, y natural de los dichos bienes, le conuenia aprehender la judicial, y con vista de los dichos instrumentos, se le mando dar, y dio, sin contradicion de persona alguna. Pero, dias despues, salio la dicha doña Leonor, y contradixo la dicha posession, ex eo nempe, que la suso dicha pretende ser acreedora a los bienes del dicho Dean, sobre dezir, quequando casò cō el dicho don Pedro Baçan de Gallegos su marido, por las capitulaciones matrimoniales, que para la celebracion del matrimonio se otorgaron, se obligò el dicho Dean a dar al dicho don Pedro duzientos ducados en cada vn año, para la sustentacion de las obligadiones del matrimonio, durante la vida de don

Martin

Martin Bazan de Valençuela padre de el dicho don Pedro,y que assimismo,se obligò por escritura a par te en fauor de la susodicha a darle mil ducados en fin de sus dias,y que para la paga, assi de los dichos a limentos, como de los dichos mil ducados, auia el Dean hipotecado por especial hipoteca la dicha viña y sus frutos,y la dicha bodega, y por la dicha con tradicion,pidio que el dicho don Zoilo, declarase v-nas posiciones,y el dicho juez Real proueyò,y man dò que se declarasen. Y reconosiendose,por parte de la dicha doña Leonor el error que cometia en elegir este remedio, parecio ante la mesma justicia, y por precencia de diferente escribano,y con presentacion que hizo de la escritura de capitulaciones matrimo-niales,y de la de la manda de mil ducados,en virtud dellas,pidio se le despachase mandamiento de execu cion por lo que importaua la dicha prestaciō annua desde que con efecto se selebró el dicho matrimo-nio,hasta la vltima paga cumplida, y por los ocho mil ducados de la dicha manda,que todo viene a im portar (segun el computo que la suso dicha haze) hasta tresmil ducados poco mas, o menos, cōtra los bienes de el dicho Dean, y especialmente contra la dicha heredad de viña,y sus frutos, y contra la dicha bodega, y para mayor seguridad de su paga, que se embargasen, y sequestrasen los frutos que el dicho don Zoilo estaba persibiendo de los dichos bienes como señor dellos

7. Veruntamen, teniendo noticia el dicho don Zoilo, assi de la dicha contradicion de la posession, como del pedimiento de execucion, se interpuso de clinando la jurisdicion Real, por dezir,que de qual-quiera manera que el negocio se cōsiderase, era reo, y que presisamente deuia ser conuencido en su fue-ro, y para esto a dado sus pedimientos ante el Ecle-siastico,entre quien,y el secular está trabada la com-petencia: la dicha doña Leonor pretende lo con-trario, por dezir que el dicho don Zoilo, hizo pedi-

miento ante la justicia Real para que se le diese la posessi on de los dichos bienes, ideoque remã sit abstrictus iurisdictioni iudicis sæcularis, á quo diiudicari non est dedignandus, siquidem eum in iudicem elegit.

8. His itta præmissis vulgare nimis est, que el clerigo reo debe ser conuenido en su fuero eclesiastico, coram suo Episcopo, vel eius Vic. general, cap. cum sit generale, cap. si diligenti de foro compet. l. iuris ordinem 2, C. de iurisdict. omnium iudic. cum vulgatis. Loqual procede etiã si el clerigo se sometiesse, o consintiesse, o no reclamasse, ni protestasse el no dar jurisdiccion a la potestad laica ex dict. cap. si diligenti, & cap. clericum 11. q. 1. respecto de que el preuilegio clerical, hoc est preuilegium fori, no se puede renũciar, ni menos la potestad secular, por hallarse incapaz del conocimiento de las causas ecclesiasticas, tiene jurisdiccion prorrogable.

9. Sed nostri casus dubitatio versatur, vtrum, si por auer el dicho don Soilo pedido ante la dicha justicia la dicha posession, functus est vice actoris, vt remansisset ligatus ad respondendũ in eodem foro cuicumque contradictori se ad impediendam posessionem, opponenti.

10. Sed quamuis prædicta dificultas ingenere per tractata sit controuersa, y muchos doctores tuvieron, que el juez secular, ante quien el clerigo heredero del clerigo, o de lego, pidio la possession de los bienes hereditarios, ex remedio l. fin. C. de Ædict. diui. Hadriani tolend, vel Sorianæ legis. Despues de auerle dado la posession, no era competente para reuocarla, sino que el contraditor le auia de pedir en su fuero, cuius sentire fuerunt Zuchardus, interminis in l. fin. C. de Æ dict. diui Adriani tolend. n. 263 & 269. Alex. cons. 103. volum. 5. Ancharran. cap. significasti de foro comp. q. 4. Barbacia in addiction. ad

B Bald.

Bald. in dicta l. fin. n. 7. Alberic. Achilles. Personalis, Mantica, Menochius. quos refert, & constanter sequitur Marta de effectibus Clericatus casu 159. per totum. probat Gratiam 2. tom. disceptacion forent. ca. 239. nu. 94. & in maioratus posessionæ ita in supremo Concilio iudicatum ex Bouadilla refert paz de tennta 2. p. ca. 63. nu. 4.

11. La contraria opinió nempe, quod eo ipso que el clerigo, heredero de el lego, o del clerigo intentase los dichos remedios ante el jues Real quedò sujeto a su jurisdicion para deber responder en dicho fuero a los contradictores quasi maioribus fundamentis fulsita, & in practica recepcior, tenuerunt, Salgado, de protectione Regia parte 4. cap. 14. nu. 125. Argel. de acquir. poss. q. 13. nu. 87 & sequent. pag. 609. Marta de sucec. legal 4. part. q. 16. art. 1. nu. 41. & sequent. pag. 297. Carleual de iudicijs disput. 2 q. 7 sect. 3 nu. 905 & 952. Nauarro in praxi. Var. for. editione 2. sect. 3, q 56, pag, 313, Posthum, de manutentione obseruacion, 50, nu, 3. vsque ad nonum exquorom auctoritate, & allijs plurimis rationionibus asse congestis, itta desisum refert D. D. Ioãnes Baptista la Rea in curia Granatenci, in disputatione 6, per totam, præsipue nu, 18.

12 Sed quamuis hæc 2, opinio afirmatiua, fauere videatur, a la pretencion de la dicha doña Leonor, videlicet, que pues el dicho don Zoilo, salio ante la dicha justicia Real, & vltro, & sine prouocatione, pidio la posesion de los dichos bienes, que alli la a de contradezir, para que el mesmo juez que la dio la annule, por cuyas consideraciones y fundamentos se haze instancia por el abogado contrario, para excluir la dicha declinatoria.

13 Veruntamen magno errore labitur, & inaduertenter considerat sibi prædictam oppinionem afirmatiuam patrosinari siquidem, la especie deste negocio, es muy distincta de los remedios de la ley de Soria, y del edicto de Diuo Hadriano, porque estos remedios,

medios, se introduxeron para que el heredero instituido, ò el legitimo, veniente abintestato, à quien despues de diferida la herencia, y presediendo la aceptacion, se le adquirio el dominio de las cosas hereditarias, sin la posesion, porque esta, no tiene adquisicion, ni se gana, sino con la natural aprehenciō, vt docet Habolen. Iuris consult. in l. cum Hæredes 23. ff. acquir. vel amit pos in illis verb. *Ibi cum hæredes instituti sumus, adita hæreditate omnia quidem iura ad nos transeunt possessio tamen, nisi naturaliter, comprehensa sit ad nos non pertinet* puedan aprehender, y tomar la posesion de los bienes hereditarios, quæ mortis tempore, testatoris fuerunt, hoc est ab eo posidebantur.

14 Et non est mirum, que supuesto, que el clerigo heredero, que eligio al juez secular para que le diese la posesion de los bienes hereditarios, y que mediante la mision en ellos lo hizo poseedor ab eo independentijs, & contradictionibus tertij ad ea bona interesse habentis iudicetur.

15 Quod præsipue procedit, si attente consideremus, las razones de verdadera iuris prudencia, que para la dicha resolucion consideran los D.D. las quales dan verdadera inteligencia al asumpto de la disision, que por la opinion afirmatiua tubo la Real chāsilleria de Granada, y juntamente se viene en conosimiento que por ella, ni la dicha opinion se deue jusgar el caso de la declinatoria del dicho don Zoilo.

16 Primo, porque, vt probauimus supra num. 13. el heredero instituido, ò el veniente ab intestato, aunque acepte la herencia, solo adquiere el dominio, pero no la posesion; porque esta, necesita de acto corporeo. Y la que el heredero escripto, pide judicial por el remedio de la ley fin. C. de edict. diui Hadria. toll, ò el veniente ab intestato por el de la lei de Soria, ex eo, que se de sin conocimiento de causa, hoc est, sin citacion de los legitimos contradictores, non facit dictum hæredem posessorem, sed dettentatorem immo potius, con la contradicion de el tercero,

la

la dicha posession es nula, y se resuelue en simple citacion. Ex pluribus probat suo more. D. Castillo lib. 3. controu. cap. 24. nu. 70.

17 Vnde infertur, que la posession que se dio al clerigo heredero por el jues secular, por qualquiera de los dichos remedios, sin citacion, ni conocimiento de causa, es nula, & non potuit eo modo clericus effici verus possessor, sed solum detenttator: y quando el clerigo es solo detentador, y el jues secular le puso en la posession de la cosa, non potest recusare coram illo respondere: Peregrin. de fidei comm. art. 48 à n. 63, vsque ad 70.

18 Secundo, porque en la especie de la dicha desicion, el juez secular dio al clerigo heredero, la posession de la herencia, con clausula de *Saluo iure tertij.* Vnde consonum est illam posessionem reuocare ad eundem iudicem pertinere, cuius fuit cōcedere arg. l. nihil. tam naturale ff de reg. iur. & vt inquid Bald. in dict. l fin. nu. 5. ad eum, qui grauamem intulit pertineat reuelare.

19 Et vlterius, porque, aunque la dicha missiō en posession, pedida por qualquiera de los dichos remedios, y dada sin conocimiento de causa, no fuera detentacion, como queda probado, sed vera posessio esset, esta se dio desde su principio limitada, y condicional ex tacite sub intelecta clausula, videlicet, *Saluo iure tertij,* quæ licet in decreto non ex primatur, videtur in esse, quia semper sub inteligitur á iure, ne alteri damnum inferatur. l. 2. §. si quis, & §. merito. ff. nequid in loco publico, glos. in l. fin. C. si contra ius, vel vtilitatem publicam, glos. fin. in cap. 2. vt lite pendente, quam expendit Salgado cap. 14. n. 126.

20 Vnde infertur, que la virtud, y fuerça de la dicha clausula expressa, o sub intelecta, haze permanecer la cosa, en el mesmo estado que tenia, antes que se aprehendiera la posession della por el clerigo heredero, y como quiera que aprehende la dicha posession con la dicha calidad, non valebit pro parte sibi

 fauo-

fauorabili aceptare, quatenus ipsi posessio datur, & non admitere pro parte qua ius tertij conceruatur, vt posit ab eodem iudice resarsiri, vt tradit Bald. in l. omni innouatione C. de sacrosantis Ecclesijs, faciũt tradita per Alexand.conc.209.col.pen. 2.part.

21. Sed, noster cassus, tanto dissimilis est, de el que resueluen las dichas dotrinas, y desissiones, que antes los fundamentos dellas siruen de apoyo, a las declinatorias que el dicho don Zoilo tiene propuestas, sin embargo, de que ante el juez secular pidiesse la posession de la bodega, y eredad de viñas.

22 Primo, quia vt patet ex actis, el dicho Dean, hizo donacion de los dichos bienes al dicho don Zoilo por el año de 1632.con clausulas de irreuocauilidad, y las de constituto, y receрva de vsofructo. Y no se puede negar que desde entonces, quedò el dicho dõ Zoilo donatario, verdadero dueño, y poseedor de los bienes donados, ex virtute tituli donationis, & clausulæ constituti in eo comprehensæ, & factæ per donatorem, vt ex lege quod meo ff. de acqui poss. l. qui bona fide eodem tittulo, & alijs pluribus tenent Gomecius, in l.45 Tauri. n.78. Mier.de maiorat. 2.part. q. 69.ex n.1. Gutier.lib.3.pract.q.66. Angul. de melioration. in l. 1. glos. 5. n. 12. Aldouin. plura aducens Concil 59.n.43. Thezaur. desis.38. in principio, don Juan del Castillo tom.5. controu. cap.129. n.13. cum sequent. Rota per Ludouis. desis.437. nu.1. & 2. Gratian. lib.1. discepta.cap.96.nu 17.

23 Rursus, neque inficiari poterit, que assi mismo quedò el dicho don Zoilo, desde la data, y aceptaciõ del dicho contrato de donacion señor, y poseedor de los dichos bienes donados, ex vi, & prærrogatiua clausulæ reseruationis vsusfructus, textus singularis in l. quis quis C. de donationibus quem ad hoc extollunt Petrus Cin. Bart. Ang. Bald. & alij. l. si quis argentnm §. sed siquidem C. eodem tt. l. 9. tt. 30. pa. 3. ex quibus iuribus, & alijs, obceibat Gomes in dict. l.45. Tauri, nu. 63. *In illis verbis ibi, quartus actus, vel modus fictus,*

fictus, per quem acquiritur possessio est per retentionem vsusfructus: nam siquis vendat, donet, vel alienet aliquam rem, quam posidet, retento sibi vsufructu statim per talem clausulam nulla traditione inter veniente transit possessio ciuilis in eo inquemsit alienato, & per consequens dominium.

24 Vnde clarum patet, que muerto el dicho Dean donante, quedò la dicha possession, y el dominio de los dichos bienes en el dicho don Zoilo sin necessitar de acto de aprehenciõ judicial, y assimismo, que en auerla pedido antes el juez Real, y auersela mandado dar, y tomadola nihil de nouo adidit suo iuri antea quesito, pues la dicha possession judicial no lo pudo hazer mas señor, ni poseedor de los dichos bienes, de lo que antes era, l. si rem meam ff. de verborum obligatio l. 4. §. 1. ff. de acquir. possessione §. si cui fundus vers. sed si rem legatarij inst. de legatis. Surd. cons. 303. nu. 56. sesse desis. 46. nu. 23. Bertazol de clausul. claus. 19 glos. 2.

25 Qua consideratione, tocando el punto desta dificultad Paulo Squilante en su tratado de priuil. clericor. en el cap. 7. en el nu. 81. lo resuelue en fauor de la jurisdicion ecclesiastica, quorum verba quia sunt interminis hic inserere libuit, ibi, *Septimo quæritur, an clericus immissus impossessionem ex primo decreto iudicis secularis, posit postea eadem possesione priuari ab eodem iudice ad instanciam rei alegantis aliquam iustam caussam, & petentis reuocari prædictam possesiorum: Pro solutione distinctione vtendum est, nam aut talis clericus vere posidet, vigore actionis Realis, vel quia iudex fecit ipsum verum possessionem ex aliqua iusta causa; vel fuit immissus impossessionem ex secundo decreto, & tunc non potest ab eodem iudice laico possessione priuari, sed coram iudice ecclesiastico conueniri debet.*

26 Y si se diera lugar a tener lo contrario enel punto deste negocio insideremus in maximum inconueniens, videlicet, que siendo verdadero posseedor el dicho don Zoilo de los dichos bienes, meramente por el dicho titulo de donacion, y exempto de la iurisdiction Real, derechamente viniera a ser conuenido en ella, & quod magis, & maiori consideratione

dig-

dignum,que ya que el juez Real lo fuesse competen te,para reuocar, ó anular su decreto, viniera a hazer vn juizio vano e ilusorio,pues de ninguna suerte, pudiera dar derecho à la dicha doña Leonor de Liebana,sin tocar en los meritos y fuerça de la escritura de donacion,y de la posession, y dominio que en virtud della se le transfirio al dicho dõ Zoilo, (quod est valde alienum ab eius iurisditione) por que, reuocada la posessiõ iudicial era preciso, que el dicho don Zoilo quedara en la Real,y actual que antes tenia: de cuya justicia solo pudiera conocer el jues Eclesiastico.

27 Secundo,porque hallandose el dicho don Zoilo de Melgarejo en la verdadera posession de los dichos bienes,al tiempo que salio a contradezirla la dicha doña Leonor,ex rationibus supra relatis, justamente a opuesto la dicha declinatoria, vt obseruarunt Marius Giurba desis 62. nu. 2. in fine, Salgado 4.part.cap.14.nu.74. Aflict. desis.380. nu.7.

28 Verum enim veró,quamuis absie sit, tratar del derecho conque la dicha doña Leonor pretende contradezir la dicha posession,porque esto toca a la justicia principal,nihilominus tamen vt dilusidius enucleata maneat,la justicia del dicho don Zoilo, parece ridiculo, que por semejante remedio, quiera conseguir la dicha doña Leonor lo que como acreedora, pretende le deben los bienes de el dicho Dean, porque el abogado contrario debiera aduertir, que por principios llanos,y corrientes,quien pretende embaraçar los remedios de los interdictos posessorios, debe ajustar,que al contradictor le asista mas fuerte remedio en la especie posessoria, que el que intenta la aprehencion de la posession;y como se puede ajustar a reglas de buena jurisprudencia que vn acreedor, pretenda sin remate tomar posession de las cosas de el deudor? porq̃ a este el mayor derecho, que por la obligacion en que se funda le toca es vn accion personal

ſonal con hipoteca , y della, ni nace dominio, ni poſeſsió en las coſas hipotecadas, ſino vn derecho Real que ſe introduce por la hipoteca; y ſin poſeſsion, no puede auer legitimo contraditor, docet expreſſe Anton. Gomes, in dict. l. 45. Tauri nu. 150. Parladoro lib. 2. rerum quotidianar. cap. fin. 4. part. §. 5. nu. 3.

Vnde euenit, que ajuſtando la dicha doña Leonor competirle el exercicio de las acciones de la ſtipulacion, y promeſa de las capitulaciones matrimoniales, ſolo podra intentar vna via executiua, ó ordinaria, y auiendo de dirigirla contra la dicha bodega, heredad de viña, y ſus fructos neceſſaria, y preciſſamente a de conuenir al dicho don Zoilo, en ſu fuero Ecleſiaſtico, porque es reo, y poſeedor, vt traditũ eſt ſupra nu. 8. conque queda ſatisfecho a la ſegunda parte de la defenſa por la declinatoria en la via executiua; con cuyos fundamentos queda llana la dicha declinatoria, y aſsi ſe eſpera obtener en ella.

S. T. I. C.

Licenciado Iuan Benites.